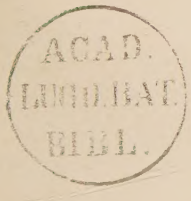
Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau



vorgelegt von

Heinrich Glücksmann

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Dieses Thema ist bereits in der Dissertation von S. Fraenkel bearbeitet. Vorliegende Arbeit war jedoch bereits vor deren Erscheinen bei der juristischen Fakultät der Universität Breslau eingereicht.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0166

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Der § 854 Abs. 2 BGB. behandelt Besitzerwerb ohne Apprehension 1

Erster Teil.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz an beweglichen Sachen unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und der Rechtsprechung.

§ 2. Die im corpus iuris civilis vorkommenden Fälle des Besitzerwerbs ohne Apprehension 3

§ 3. Die Erklärungsversuche der im corpus iuris civilis vorkommenden Fälle des Besitzerwerbes ohne Apprehension und deren Fortbildung bis zum gemeinen Recht 5

§ 4. Savignys Lehre von der unkörperlichen Apprehension und ihre Verbreitung im gemeinen Recht 9

§ 5. Die Widerlegung der Savignyschen Lehre (Brinz, Strohal) und die Erklärung des Besitzerwerbes ohne Apprehension durch die Annahme der Möglichkeit einer Sukzession in den Besitz 11

§ 6. Ist die zu diesem Besitzerwerb erforderliche Einigung ein Vertrag und welche Folgerungen ergeben sich daraus? 13

§ 7. Beschränkung des Besitzerwerbes durch bloße Einigung auf die Fälle, wo der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben 18

Zweiter Teil.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den (durch Besitzerwerb vermittelten) Eigentums- und Pfandrechtserwerb.

§ 8. Für den Eigentumserwerb 27

§ 9. Für den Pfandrechtserwerb 34

Literaturverzeichnis.

Bekker, Zur Reform des Besitzrechts. In Jherings Jahrbüchern Bd. 30.

Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes. Diss. Rostock 1905.

Biermann, Traditio ficta. Stuttgart 1891.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Brinz, Pandekten. 1. Aufl. 1857.

Brinz, Possessionis traditio. In den Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts Bd. 3.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Leipzig 1908.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1896.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. Halle 1908.

Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen. Berlin 1903.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. In Gruchots Beiträgen Bd. 47.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1901.

Esmarch, Vacuae possessionis traditio. Prag 1873.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 8. Aufl. München 1909.

Fraenkel, Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen. Diss. Breslau 1910.

Frank, Der Besitzwille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Bonn 1898.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1897.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905.
Goldschmidt, Sklavenbesitz. In den Studien zum Besitzesrecht. Berlin 1888.
Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. Jena 1869.
Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.
Kohler, Vertrag und Übergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18.
Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1903.
Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 18 Heft 2. München 1909.
Neumann, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. Berlin 1909.
Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung. Diss. Rostock 1903.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1906.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Diss. Bonn 1905.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.
Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 4. Aufl. Leipzig 1895.
Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl, bearbeitet von Rudorff. Wien 1865.
v. Schey, Die Behandlung der Eigentumsübertragung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Allgem. Österr. Gerichtszeitung 53. Jahrg. Nr. 12.
Seligsohn, Die Sukzession in den Besitz. In den Beiträgen von Rassow und Küntzel 3. Folge 6. Jahrg.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 20. Breslau.
Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle 1907.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26.
Staub, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1907. Dasselbe 5./6. Aufl. (im Erscheinen).

Strohal, Die Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. Graz 1885.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 38.

v. Tuhr, Eigentumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 30 Heft 3.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.

v. Wendt, Besitz und Besitzwille. Gießen 1907.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Th., in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 26.

Digestum, Nuovum seu Pandectarum iuris civilis ex Pandectis Florentinis, quae olim Pisanae dicebantur, quoad eius fieri potuit, repraesentatus: Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum tam veterum quam neotericorum¦ jureconsultorum Scholiis allque observationibus illustratus. LVGDVNI. An. Domini MDLXIX.

Codex, dieselbe Ausgabe. (Dieses glossierte corpus iuris civilis wird im Text nur mit Tom. I, II, III u. IV mit Seite und Glosse zitiert werden.)

Einleitung.

§ 1.

Der § 854 Abs. 2 BGB. behandelt Besitzerwerb ohne Apprehension.

Der Abs. 1 des § 854 BGB. stellt ganz allgemein fest, daß derjenige, der über eine Sache die tatsächliche Gewalt erlangt, daran Besitz erwirbt. In dieser Bestimmung läßt das Gesetz dahingestellt, ob der Erwerber einseitig den Besitz erlangt hat oder unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers. Für beide Fälle will das Gesetz zum Ausdruck bringen, daß die irgendwie erfolgte Erlangung der tatsächlichen Gewalt zum Besitzerwerb ausreichend sei. Nun bestimmt Abs. 2 des § 854 BGB., daß die „Lage", die Gewalt über die Sache auszuüben, zum Besitzerwerbe ausreichend sei, wenn der bisherige Besitzer und der Erwerber über den Erwerb des Besitzes einig seien.

Während also Abs. 1 als einzige Voraussetzung ein rein tatsächliches Verhältnis der Sache, corpus, aufstellt, legt Abs. 2 den Schwerpunkt auf die Einigung unter Abschwächung des Erfordernisses des corpus. Er sieht unter einer gewissen Voraussetzung von der Erlangung der körperlichen Gewalt ab und ersetzt sie durch ein anderes Erfordernis.

Die Bestimmung des § 854 Abs. 2 gilt in gleicher Weise für den Besitzerwerb aller Sachen, ob sie bewegliche oder unbewegliche sind.

In folgendem soll aber die Bedeutung des § 854 Abs. 2 auch für den Eigentums- und Pfandrechtserwerb dargestellt werden. Für diesen muß man, besonders nach deutschem und

heutigem Recht, den Erwerb von beweglichen Sachen von dem von unbeweglichen scheiden.

Nur der Eigentums- und Pfandrechtserwerb an beweglichen Sachen wird durch Besitzerwerb vermittelt, und da der Besitzerwerb selten Selbstzweck, sondern eben nur Mittel zum Zweck ist, so soll die ganze Darstellung nur auf den Erwerb von beweglichen Sachen beschränkt werden.

Erster Teil.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den Erwerb von Besitz an beweglichen Sachen unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und Rechtsprechung.

§ 2.

Die im corpus iuris civilis vorkommenden Fälle des Besitzerwerbes ohne Apprehension.

In der Lehre vom Besitz ist es schon für das römische Recht streitig, was zum Erwerb des Besitzes erforderlich ist.

Man pflegt als Ausgangspunkt dieses Streites folgende Stellen aus dem corpus iuris civilis zu zitieren: apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore[1]) und solo animo non posse nos adquirere possessionem.[2]) Hiernach scheinen corpus und animus in gleicher Weise für den Besitzerwerb erforderlich.

Auf die trotzdem einander ganz entgegengesetzten Theorien über den Besitzwillen, welcher Art dieser Wille sein muß und ob überhaupt ein Wille erforderlich ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden, denn die Besonderheit des § 854 Abs. 2 liegt ja nur in der Abschwächung des tatsächlichen Moments.

Inwieweit ist eine derartige Abschwächung des corpus oder gar ein gänzliches Fallenlassen desselben in der geschichtlichen Entwicklung begründet?

Schon im römischen Recht gab es trotz der oben zitierten Grundsätze eine ganze Reihe von Fällen des Besitzerwerbes,

[1]) l. 3 § 1 D. de adqu. vel amit. poss. 41, 2. Dieser Titel wird fernerhin hier mit h. t. bezeichnet werden.

[2]) l. 3 § 3. D. h. t.

wo von einer Erlangung der tatsächlichen Gewalt in Wahrheit nicht mehr die Rede sein kann.

Aus dem ursprünglichen manu apprehendere wird ein oculis et affectu apprehendere,[3]) so daß also in Wirklichkeit die zu übergebende Sache nur gegenwärtig sein brauchte (nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint).

So entstand die de turre demonstratio, wobei Veräußerer und Erwerber auf einen Turm stiegen, von dem aus sie die zu übergebende Sache sehen konnten.[4])

Man konnte im Keller liegenden Wein dadurch übergeben, daß man die Kellerschlüssel übergab,[5]) also dem Erwerber nur die Möglichkeit der Gewaltausübung verschaffte. Um einen größeren, im Walde lagernden Haufen Holz zu übergeben, begnügte man sich damit, daß man den Erwerber eine Wache daselbst aufstellen ließ.[6]) Sollte ein frei umhergehender Sklave übergeben werden, so wurde dieser nicht erst zu den Verhandlungen hinzugezogen, der Erwerber konnte Besitz an ihm erlangen, indem er ein den Besitzübergang bekundendes Schriftstück empfing.[7])

Hatte jemand Balken gekauft und wollte nun auch Besitz und Eigentum daran erwerben, so brauchte er sie nicht gleich alle fortzuschleppen, es genügte für den Besitzübergang, daß er ein Zeichen[8]) daran anbrachte. Hatte jemand eine Sache gemietet oder entliehen und demgemäß bereits Detention daran und wurde sie ihm nun vom Eigentümer geschenkt, so war es auch nach Ansicht der römischen Juristen überflüssig, etwa durch Rückgabe das Detentionsverhältnis aufzuheben und durch nochmalige Hingabe von der anderen Seite nun juristischen Besitz herzustellen.[9]) Wollte jemand eine Sache, die er zu Besitz

[3]) l. 1 § 21 D. h. t.
[4]) l. 18 § 2 D. h. t.
[5]) l. 74 D. 18, 1.
[6]) l. 51 D. h. t.
[7]) l. 1 C. de don. 8, 53.
[8]) l. 15 § 1 D. de per. et com. rei vend. 18, 6.
[9]) l. 9 § 1 D. de Publiciana in rem actione 6, 2; l. 9 § 5 D. de adqu. rei dominio 41, 1.

und Eigentum erwarb, gar nicht in seine Gewalt haben, sondern sie dem Veräußerer zu Miete, Nießbrauch oder einem anderen Detentionsverhältnis überlassen, so brauchte er sie nicht erst zu ergreifen und sie dann zu dem bezeichneten Zwecke zurückzugeben.[10]) Hier lag eine Änderung des Gewaltverhältnisses trotz Erwerb des Besitzes nicht im Sinne der Beteiligten.

§ 3.

Die Erklärungsversuche der im corpus iuris civilis vorkommenden Fälle des Besitzerwerbes ohne Apprehension und deren Fortbildung bis zum gemeinen Recht.

Die im vorhergehenden Paragraphen angeführten Fälle stellen einen Besitzerwerb ohne Apprehension dar und stehen daher in offenbarem Widerspruch zu den Grundsätzen des corpus iuris civilis, wie „solo animo non posse nos adquirere possessionem“ und „apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore“.

Die sich an das corpus iuris civilis anschließende Wissenschaft war nun bemüht, nachzuweisen, daß sich diese Fälle doch mit den zitierten Grundsätzen in Einklang bringen lassen.

Von den Erklärungsversuchen sollen nur die wichtigsten wiedergegeben und an ihnen zugleich die Fortbildung der Lehre vom Besitzerwerb ohne Apprehension dargestellt werden.

Den meisten Anklang hat die von den Glossatoren begründete Fiktionstheorie gefunden, wonach in den Fällen, wo scheinbar ohne körperliche Apprehension Besitz erworben wurde, das corpus nicht gänzlich fallen gelassen sei, sondern nur durch Symbole und Fiktionen vertreten werde.

Zu einem Abschluß dieser Lehre oder zu irgendwelchem klaren Verständnis derselben sind die Glossatoren jedoch noch nicht gekommen. Die Erklärungsversuche der einzelnen weichen auch noch erheblich voneinander ab. So hatte Azo[1]) diese

---

[10]) l. 75 D. de contrah. empt. 18, 1; l. 28 C. de don. 8, 53.

[1]) Glosse Si functiones zu l. 4 C. de donationibus 8, 53 (54) Tom. IV p. 1965.

Fälle nur als Ausnahmen von der Regel bezeichnet, während die glossa ordinaria[2]) auch hier einen actus corporis annimmt, also einen Besitzerwerb ohne Apprehension überhaupt nicht anerkennt.

Der wichtigste Fortschritt, den die Lehre bei den Glossatoren gemacht hat, besteht darin, daß sie „auf einen unmittelbar körperlichen Besitzerwerb nur für die Tradition verzichten, nicht für die Okkupation; letztere erfordere einen tactus des Erwerbers".[3]) Die Glossatoren machen diese Unterscheidung aber nur praktisch, indem sie als Beispiele für den Besitzerwerb ohne actus corporis eben nur Traditionsfälle anführen; in der Theorie aber unterscheiden sie noch nicht die Tradition von der Okkupation.

Bevor wir nun auf die Fortbildung der Lehre durch die auf die Glossatoren folgenden und mit ihnen gewöhnlich zusammen genannten Postglossatoren eingehen, wollen wir zunächst untersuchen, wie das **deutsche Recht** sich zu der Lehre vom Besitzerwerb ohne Apprehension verhielt, da dieses auf die Lehre der Postglossatoren einen erheblichen Einfluß ausgeübt hat.

Die Entwicklung des unkörperlichen Besitzerwerbes im deutschen Recht kann nicht ohne weiteres dargestellt werden, da das deutsche Recht den Begriff des Besitzes überhaupt nicht kennt und der im deutschen Recht entwickelte, viel umfassendere Begriff der Gewere weder mit der römischrechtlichen possessio noch mit dem heutigen Begriff des Besitzes identifiziert werden kann. Außerdem hatte das deutsche Recht eine gerade hierbei prinzipielle Unterscheidung zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht gemacht. „Während im Fahrnisrecht die Übertragung von Rechtsherrschaft an den Wechsel in der sinnlich wahrnehmbaren leiblichen Inhabung gebunden ist, ist im Liegenschaftsrecht die Begründung ideeller Gewere mehr und mehr zum Rechtsübertragungsmittel erhoben."[4]) So hat sich auch besonders im Liegenschaftsrecht die symbolische Tradition ausgebildet.

[2]) Glosse D. animo zu l. 3 § 1 p. 41, 2 Tom. III p. 410.
[3]) Biermann, Traditio ficta S. 39.
[4]) Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 207.

Sollte ein Grundstück übertragen werden, so überreichte der Veräußerer dem Erwerber eine Scholle des Grundstücks, indem er auf diese Weise symbolisch die Übertragung andeutete. Diese Scotatio war die anschaulichste der sehr mannigfachen symbolischen Übertragungsarten, denn „schon in fränkischer Zeit hatten sich Formen einer unkörperlichen (symbolischen) Vestitur ausgebildet, die als konsensuale Besitzübertragung und Besitzräumung mit Übergabe bestimmter Symbole außerhalb des Grundstücks stattfand".[5])

Diese Fälle, obwohl sie nur das Liegenschaftsrecht betreffen, sind für uns doch von Bedeutung, weil sie auf die possessio allgemein ohne Unterscheidung von Fahrnis- und Liegenschaftsrecht eingewirkt haben.

Im deutschen Fahrnisrecht hatte sich die Übergabe der von einem Schiffer, Frachtführer oder Lagerhalter übernommenen Waren durch Übergabe des über sie lautenden Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins an den durch das Papier legitimierten Empfänger ausgebildet. Diese Fälle bringen jedoch keinen neuen wesentlichen Bestandteil in die Lehre vom Besitzerwerb ohne Apprehension, da auch schon im corpus iuris civilis die Besitzübergabe durch Übergabe eines den Besitzübergang bekundenden Schriftstückes bekannt war.[6])

Diese aus dem deutschen Recht stammenden Fälle übten aber auf die Lehre der Postglossatoren, „die das corpus iuris civilis vom Standpunkte ihrer Zeit aus interpretierten",[7]) insofern einen bedeutenden Einfluß aus, als die Postglossatoren nunmehr die im corpus iuris civilis aufgeführten Fälle des Besitzerwerbes ohne Apprehension nicht mehr als einen numerus clausus betrachteten, sondern auch andere Fälle anerkannten und zugaben, „daß das Gewohnheitsrecht neue Fälle schaffen könne".[8]) So wurde der Satz von der Möglichkeit der Übertragung ohne Apprehension verallgemeinert.

---

[5]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte S. 184.
[6]) l. 1 C. de don. 8, 53; s. auch § 4 dieser Arbeit.
[7]) Biermann, Traditio ficta S. 68.
[8]) Biermann, Traditio ficta S. 143.

Hiermit war aber noch nicht ein Besitzerwerb ohne jedes corpus anerkannt, an der Notwendigkeit eines wenn auch nur scheinbaren Traditionskorpus wurde noch in allen Fällen festgehalten, was schon daraus hervorgeht, daß es eben in den Fällen, wo es in Wirklichkeit nicht vorhanden war, fingiert wurde. Die fingierte Übertragung sollte auch hinter der traditio vera an Wirkung zurückstehen und im Gegensatz zur possessio vera nur possessio ficta verschaffen.[9]) Hatte also jemand zuerst durch traditio ficta eine Sache übertragen und dann dieselbe Sache einem andern körperlich übergeben, so sollte der zweite Erwerber dem ersten vorgehen. Später aber wurden sie einander gleichgestellt, und prius tempus entschied über den Besitz.

Wie eifrig bemüht man war nachzuweisen, daß es einen Besitzerwerb solo animo nicht gebe, zeigen die Erklärungsversuche betreffend das constitutum possessorium: Anfangs suchte man den Satz corpore et animo acquirimus possessionem hier auf die Weise zu retten, daß man sagte, animus liege beim Erwerber vor, das corpus werde vom Veräußerer als Stellvertreter des Erwerbers ausgeübt.[10])

Dieser Stellvertretungstheorie gegenüber wurde aber eingewendet,[11]) daß dem Veräußerer jeder Stellvertretungswille fehle, weshalb das constitut höchstens analog dem Besitzerwerb durch Stellvertreter angewendet werden könne.

Eine andere Erklärung ging dahin, daß das constitut eine Zusammenziehung des Besitzübertragungsaktes mit der Rückübertragung der Detention darstelle.[12]) Für letztere verlangte man eine causa und ließ nur durch constitutum possessorium cum causa detentionis possessio vera übergehen. Wenigstens zum Schein mußte eine solche causa vorhanden sein, und so wurde z. B. eine retentio ususfructus für ganz kurze Zeit vereinbart, ohne daß dieser ususfructus in Wirklichkeit ausgeübt wurde.[13])

---

[9]) Glosse placet zu l. 58 D. 2, 14 Tom. I p. 310.

[10]) Glosse in Anm. e auf p. 427, 428 von Tom. III zu l. 18 D. 41, 2.

[11]) Glosse possidere (Anm. f) zu l. 18 pr. D. 41. 2 Tom. III p. 427.

[12]) Biermann, Traditio ficta S. 193.

[13]) Glosse credatur zu l. 28 C. de don. 8, 53 (54) Tom. IV p. 1972.

Der Fortschritt, den die Lehre vom Besitzerwerb ohne Apprehension bei den Postglossatoren gemacht hat, besteht darin, daß bei ihnen niemals mehr von einer „apprehensio“ ficta, sondern nur noch von einer „traditio“ ficta die Rede ist, daß sie die Tradition ganz anderen Bestimmungen unterwerfen als die Okkupation, und daß sie schließlich sogar auf die Tradition Sätze des Sukzessionsprinzips wie: „Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet“ anwandten. Freilich wird dieses Sukzessionsprinzip nirgendwo ausdrücklich aufgestellt, es ist den Postglossatoren kaum zum Bewußtsein gekommen, aber es finden sich Sätze, die sich als Folgerungen des Sukzessionsprinzips charakterisieren.[14])

§ 4.

Savignys Lehre von der unkörperlichen Tradition und ihre Verbreitung im gemeinen Recht.

Aus den dargestellten Erklärungsversuchen, aus der überall hervortretenden scharfen Scheidung zwischen einseitigem Besitzerwerb und zweiseitigem[1]) ergibt sich, daß die Entwicklung allmählich dahin ging, die Tradition anderen Bestimmungen zu unterwerfen als dem einseitigen Erwerb und bei der ersteren das corpus immer mehr fallen zu lassen, um schließlich (im code civil art. 1606)[1a]) ganz darauf zu verzichten.

Diese ganze Entwicklung verleugnend, die durch sie gewonnenen Resultate als „Mißverständnisse“ bezeichnend,[2]) sucht Savigny diese Fälle auf andere Weise zu erklären. Die bisher allgemein vertretenen Ansichten seien Notbehelfe, die sich erübrigten, wenn man die körperliche Handlung nur nicht zu eng fasse. „Körperliche Berührung sei zum Erwerbe nicht gerade nötig,

---

[14]) Biermann, Traditio ficta S. 143.

[1]) Eine Scheidung, die auch das ALR. (I, 7 §§ 28—73) und der code civil machen.

[1a]) Im code civil art. 1606 heißt es: La déliorance des effets mobiliers s'opère . . . par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. Vgl. auch Art. 711, 938, 1138, 1583, 1703.

[2]) Savigny, Das Recht des Besitzes S. 207 Anm. 1.

der bloße Anblick der gegenwärtigen Sache reiche hin."[3]) Er beruft sich dabei auf die Stelle des Paulus l. 1 § 21 D. de possessione: non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed enim oculis et affectu. Eine Ausübung des corpus sei aber in jedem Falle erforderlich, und ohne eine solche lasse sich ein Besitzerwerb nicht denken. Durch seine weite Auslegung des Apprehensionsaktes gelingt es ihm, alle Fälle unter den einseitigen Erwerb unterzubringen; daher ist es für ihn natürlich überflüssig, noch einen davon verschiedenen Erwerb durch Tradition anzuerkennen. Kommt aber zufällig in den Quellen doch ein Fall vor, wo nicht einmal von einer praesentia rei die Rede ist, so daß der Erwerber auch nicht oculis apprehendieren kann, da unterstellt Savigny eben die Gegenwart der Sache.[4]) Derartige willkürliche Voraussetzungen, wie Savigny sie macht, werden noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß man zeigt, daß für die anderen Erklärungen noch gewagtere Voraussetzungen nötig seien.

Dieser Hinweis aber und der Umstand, daß Savigny es zur Rechtfertigung seiner Theorie für nötig erachtet, darzutun, daß es eine Sukzession in den Besitz nicht gebe,[5]) hätten seine Nachfolger auf den richtigen Weg lenken können. Aber anstatt die Möglichkeit eines derivativen Erwerbes zu untersuchen, wobei sie gefunden hätten, daß sowohl die Voraussetzung Savignys als auch die anderen Voraussetzungen, die Savigny verwirft, überflüssig seien, schließen sich fast sämtliche Lehrer des gemeinen Rechts seiner Theorie an und stellen als selbstverständlich den Satz auf, daß aller Besitz originär sei.[6])

[3]) a. a. O. S. 212.

[4]) a. a. O. S. 221.

[5]) Savigny, Recht des Besitzes S. 44.

[6]) Dernburg, Pand. § 177 S. 415; Puchta, Pand. § 130 S. 192; Windscheid, Pand. § 153 S. 764 u. 765 Anm. 10; Vangerow, Pand. Anm. zu § 202 S. 361; Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 17; Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht S. 475; Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Rechte S. 179 ff.; Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 11.

§ 5.

Die Widerlegung der Savignyschen Lehre (Brinz, Strohal) und die Erklärung des Besitzerwerbes ohne Apprehension durch die Annahme der Möglichkeit einer Sukzession in den Besitz.

Der erste, der diese zur allgemeinen Wahrheit gewordene Lehre zu bezweifeln wagte, war Brinz.[1]) Ihm folgend, aber auf die vacuae possessionis traditio einschränkend, erkennt Esmarch[2]) die Möglichkeit derivativen Besitzerwerbes an. Nebenbei hatte schon Jhering[3]) diese Frage gestreift und dabei Besitzerwerb durch Übertragung von dem durch Apprehension unterschieden. Ausführlicher ist auf diese Frage Strohal in seiner Schrift: Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht, Graz 1885, eingegangen.

Er bekämpft darin die Savignysche Lehre und deren Anhänger und unterscheidet streng zwischen originärem und derivativem Erwerb, indem er für letzteren wesentlich andere Erfordernisse aufstellt als für ersteren.

Welche Bedeutung die Entscheidung dieser Frage für die Erklärung der erörterten Fälle und für die Erklärung des § 854 Abs. 2 BGB. hat, der, wie ich später zeigen werde, alle diese Fälle umfaßt und den wir verstehen müssen, um seine Bedeutung zu erkennen, geht aus folgendem hervor: An der Spitze der Lehre vom Besitzerwerb stand im römischen Recht und steht auch heute noch im Bürgerlichen Gesetzbuch der Satz: Zum Erwerb des Besitzes ist die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erforderlich. Wie lassen sich ohne Fiktionen und ohne willkürliche Voraussetzungen diejenigen Fälle erklären, wo Besitz erworben wird ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt? Oder wollte man vernünftigerweise beim bloßen Ansehen einer Sache noch von Ausübung der tat-

[1]) Zunächst in der 1. Aufl. seiner Pand. 1857 S. 55 und dann ausführlich im Jahrb. d. gem. R. Bd. 3 S. 16—57.

[2]) Esmarch, vacuae possessions traditio, Prag 1873.

[3]) Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 201, 203, 207.

sächlichen Gewalt reden? Nimmt man nun die Möglichkeit einer Sukzession in den Besitz an, d. h. die Möglichkeit des Überganges des Besitzes, so wie er beim Tradenten besteht, ohne daß vom Erwerber ein neuer Besitztatbestand begründet zu werden braucht, so daß also der Besitz mit allen seinen Vorteilen und Nachteilen auf ihn übergeht, dann kann man sich auch erklären, daß dem Erwerber die von dem Veräußerer oder dessen Vormann zur Begründung des Besitztatbestandes vorgenommene körperliche Handlung zugute kommt, daß er diese Handlung nun nicht noch einmal vorzunehmen braucht, da er ja schon begründeten Besitz erlangt.

Bei Erörterung der Frage, ob es eine Sukzession in den Besitz gibt, wird es gewöhnlich für nötig gefunden, die Vorfrage zu entscheiden,[4]) ob der Besitz ein ius oder ein factum sei. Wenn wir auch zugestehen, daß eine Sukzession in Tatsachen nicht möglich ist, sondern nur in Rechte, so können wir uns dennoch mit dem selbst von Savigny zugestandenen allgemein anerkannten Satze begnügen,[5]) daß der Besitz factum und ius zugleich sei, daß er non tantum corporis sed et iuris est.[6]) Dies sollte wohl auch ausgedrückt werden, als man bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch den Besitz eine „Rechtsposition" nannte. Die dem Besitz, der anfangs wirklich nur ein factum war, später durch den Interdiktenschutz beigelegten Rechtsfolgen werden allmählich das Wesentliche des Besitztatbestandes; darauf weisen auch die im c. i. c. häufig vorkommenden Bezeichnungen als ius possessionis hin.[7]) Diese Rechtsfolgen sind imstande, allein für sich den Besitztatbestand darzustellen. Das corpus kann verloren gehen, die Sklaven können entlaufen, der Herr hört deswegen noch nicht auf, sie zu besitzen.[8]) „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt."[9]) Nach dem

[4]) Seligsohn, Die Sukzession in den Besitz S. 319; Randa a. a. O. S. 475.

[5]) Savigny a. a. O. § 5 S. 43ff.

[6]) l. 49 § 1 D. h. t.

[7]) l. 44 pr. D. 41,2; l. 5 § 1 D. 48,6; l. 2 § 38 D. 43,8; l. 5 C. 7,16.

[8]) l. 12 § 3 D. de usufr. 7,1.

[9]) § 856 Abs. 2 BGB.

Bürgerlichen Gesetzbuche geht der Besitz auf den Erben über (§ 857). Dieser ist Besitzer, „bevor er den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hat“ (§§ 2025 u. 2027). Dadurch allein, daß die Rechtsfolgen, wie sie dem Erblasser zugute kamen, auf ihn im Wege der Universalsukzession übergegangen sind, ist er Besitzer geworden. Erlangung der Rechtsfolgen verschafft also Besitz. Daß diese Rechtsfolgen nicht nur durch Universalsukzession übergehen, sondern auch im Wege der Singularsukzession übertragen werden können, dafür spricht die Vermutung, denn alle Rechte sind übertragbar, soweit nicht ausdrücklich Ausnahmen aufgestellt sind.

§ 6.

Ist die zu diesem Besitzerwerb erforderliche Einigung ein Vertrag und welche Folgerungen ergeben sich daraus?

Wie nun vollzieht sich die Übertragung dieser Rechtsfolgen und damit die Übertragung des Besitzes? Genügt, da von einer Ausübung der Gewalt abgesehen werden kann, bei der Tradition der bloße Erwerbswille, zusammen mit dem noch vorhandenen Scheinkorpus zum Besitzerwerbe, sobald der Tradent seinen Besitz aufgegeben hat? Wir würden dabei zu dem unhaltbaren Resultat kommen, daß derjenige, der in Gegenwart der Sache oder der die Sache vom Turme aus sehend den Erwerbswillen faßt, in diesem Augenblick an der Sache Besitz erwerben würde. Daß dies natürlich nicht möglich ist, daß hier vielmehr noch ein anderes Erfordernis hinzukommen muß, darüber belehrt uns schon Paulus. In diesem Fall wird Besitz nur erworben, si consenserint,[1]) wenn der Übertragungswille mit dem Erwerbswillen zusammenfällt, wenn beide sich zu einem Akte zusammenschließen. Es ist dies die Einigung, die auch § 854 Abs. 2 BGB. fordert und die im Sachenrecht an verschiedenen anderen Stellen noch vorkommend zu der vielbehandelten Streitfrage Veranlassung gegeben hat, ob man sich darunter einen Vertrag vorzustellen

[1]) l. 1 § 21 D. h. t.

habe, auf den die Vorschriften des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden.

Im 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 828) wurde sie ausdrücklich ein Vertrag genannt, später aber wurde dieser Ausdruck fallen gelassen und dafür die Bezeichnung Einigung gewählt. Die Kommission war zu dieser Änderung veranlaßt worden, weil von mehreren Seiten betont wurde: „Der Ausdruck Vertrag für die in Rede stehende Rechtshandlung entspreche nicht dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes und sei geeignet, zu bedenklichen Mißverständnissen zu führen. Der Volksauffassung liege die Trennung des Leistungsgeschäftes von dem Kausalgeschäfte fern, und selbst dem Juristen mache es erfahrungsgemäß Schwierigkeiten, sich in dieselbe hineinzudenken und beide Elemente auseinanderzuhalten. Man werde vielfach den dinglichen Vertrag mit dem Kausalvertrage verwechseln". „Die Juristen würden aber unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die fraglichen Erklärungen die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort Vertrag im Gesetz nicht gebraucht sei." [2]) Die Juristen haben nun auch in überwiegender Mehrheit getan, was das Gesetz, um Mißverständnissen vorzubeugen, unterlassen hat; sie nennen die Einigung einen Vertrag und unterwerfen sie den für einen solchen gegebenen Bestimmungen der §§ 145 ff. u. 104 ff. des allgem. Teils des BGB.[3])

[2]) Prot. Bd. 2 S. 3392/93.

[3]) Biermann Anm. 7 zu § 854; Dernburg, Sachenrecht S. 66 Anm. 2; Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 87; Fischer-Henle, Handausg. Anm. 8 zu § 854; Kuhlenbeck, Komm. Anm. 3 zu § 854 S. 13; Enneccerus-Lehmann § 7 Ziff. 1 S. 23; Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht S. 306; Cosack, Lehrb. Bd. 2 S. 220 § 176 a. E.; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 170; Stoever, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 149 ff.; Staudinger, Komm. Anm. 2b zu § 854. Planck erscheint es zwar zweifelhaft, ob die Einigung ein Vertrag ist, jedenfalls will er aber auch die Vorschriften des allgem. Teils auf sie angewendet wissen (Anm. 3a zu § 854). Neuestens hat Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung S. 85 u. 88, die Behauptung aufgestellt, daß die Einigung zwar ein Vertrag sei, aber nicht unter den Vertragsbegriff des BGB. falle, weil dieser ein anderer als der gewöhnliche Vertragsbegriff sei. Daher fänden auch nicht alle Vorschriften des allgem. Teils auf sie Anwendung.

Eine andere Ansicht, die von Bruck (Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900) vertreten wird, geht dahin, daß die dingliche Einigung im allgemeinen zwar kein Rechtsgeschäft sei, daß man aber der Einigung im § 854 Abs. 2 uneingeschränkt den Vertragscharakter zugestehen könne.[4]) Dieser Paragraph habe aber in bezug auf die Einigung mit den §§ 873 u. 929 „nicht viel mehr als die Terminologie gemeinsam“.[5]) Die Einigung in diesem Paragraphen sei „der Typus eines neuen Rechtsbegriffes“.[6])

Auf diese Ansicht näher einzugehen erübrigt sich, weil für uns hier nur die Einigung des § 854 Abs. 2 in Frage kommt.

Es fehlt auch nicht an Meinungen, die der Einigung in allen Fällen den rechtsgeschäftlichen Charakter absprechen.

Maenner und Eccius tun dies mit der Begründung, daß die Einigung allein nicht imstande sei, rechtliche Folgen hervorzubringen.

Gerade aus dem für uns in Betracht kommenden § 854 Abs. 2 ersehen wir aber, daß die Rechtsfolgen, wie sie der Besitz in dem ihm von der Rechtsordnung gegeben Rechtsschutze gewährt, auf Grund einer bloßen Einigung auf den Erwerber übergehen. Das „in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben,“ ist keine Handlung, die etwa noch zu der Einigung hinzutreten müßte, sondern dies ist nur ein Zustand, der die Voraussetzung für den Besitzübergang bildet. Dies gerade umzukehren bemüht sich Eccius,[7]) da er von der Einigung sagt, sie sei kein Hergang, sondern ein Zustand; nicht das Einigwerden, sondern das Einigsein komme in Betracht. Und wenn er sich dafür auf den Sprachgebrauch der §§ 929, 1032 u. 1205 beruft, so läßt sich dagegen nur sagen: Wenn es auch an diesen Stellen stilistisch besser erschien, die Worte „einig sind“ zu verwenden, während an anderen Stellen wieder der Ausdruck Einigung für angebrachter gehalten wurde, so darf man doch aus dieser nicht einmal konsequent festgehaltenen Wortstellung keine theoretischen

[4]) Bruck, Die Einigung im Sachenrecht S. 20.
[5]) Bruck a. a. O. S. 17.
[6]) Bruck a. a. O. S. 14.
[7]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 52.

Schlüsse ziehen und der Einigung im allgemeinen deswegen den Vertragscharakter absprechen.

Der Maennerschen[8]) Beweisführung gegenüber: „Diese Einigung bezwecke die Herstellung eines tatsächlichen Zustandes, an den sich rechtliche Folgen knüpfen, sie bezwecke aber nicht die Herbeiführung der rechtlichen Folgen selbst, es werde demnach die Einigung nicht als Rechtsgeschäft, sondern als Rechtshandlung zu bezeichnen sein" muß ich auf das, was ich bereits früher dargestellt habe, zurückkommen. Nicht der tatsächliche Zustand, das corpus, ist beim Besitz das Wesentliche, sondern die Rechtsfolgen. Wenn an einem im offenen Walde lagernden Holzhaufen Besitz übertragen wird und Veräußerer und Erwerber in gleichem Maße in der Lage sind, die Gewalt darüber auszuüben, dann wird bei dieser durch Einigung erfolgenden Besitzübertragung an dem tatsächlichen Zustand gar nichts geändert. Es wird kein tatsächlicher Zustand hergestellt, an den sich nun erst die Rechtsfolgen knüpfen, sondern während alles bleibt, wie es vordem war, tritt gerade nur eine Änderung der Rechtsfolgen ein, diese also unmittelbar auf Grund der Einigung.

Manigk,[9]) der gleichfalls der Einigung den Vertragscharakter abspricht, meint, daß beim Festhalten der entgegengesetzten Ansicht sich unhaltbare praktische Konsequenzen ergeben. „Es würden auch Fälle denkbar sein, wo ein Kind gemäß Abs. 2 Besitz erwirbt. Ein Kind müßte nicht nur originären, sondern auch derivativen Besitz erlangen können. Man würde sonst zu dem Umwege gelangen, daß jemand, der einem Kinde Besitz übertragen will, die Sache erst fortwerfen müsse, damit das Kind durch einseitige eigene Handlung die Gewalt ergreife, was verkehrt erscheinen müsse." Dieser Umweg ist auch durchaus nicht nötig. Um einem Kinde Besitz zu verschaffen, braucht man die Sache nicht erst fortzuwerfen, man kann sie ihm ruhig übergeben, und wenn das Kind die Sache ergreift, so erlangt es auch Besitz daran, aber nicht derivativ, sondern originär,

[8]) Maenner, Recht der Grundstücke S. 97.

[9]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 692.

ausschließlich deshalb, weil es die tatsächliche Gewalt erlangt hat, also nach § 854 Abs. 1.

Auch ohne Einigung kann allerdings derivativer Besitz erworben werden, wie z. B. beim Erbfall nach § 857 BGB., bei der Gütergemeinschaft nach §§ 1438, 1519, 1549, bei der Besitzeinweisung durch den Gerichtsvollzieher nach § 885 ZPO., aber nicht durch Übertragung.

Es liegt auch niemals eine Sukzession in den Besitz bei dem Erwerb nach § 854 Abs. 1 vor, wenn nicht irgendein anderer derivativer Erwerbsgrund hinzukommt.

Als solcher ist die Zustimmung des bisherigen Besitzers an und für sich nicht anzusehen, aber es wird bei deren Vorhandensein regelmäßig auch eine Einigung vorliegen, die dann eben darin besteht, daß der Zustimmungswille des bisherigen Besitzers mit dem Erwerbswillen des Erwerbers zusammentrifft. Hierdurch tritt der Erwerbsgrund des Abs. 2 zu dem des Abs. 1 hinzu, und es liegt deshalb derivativer Erwerb vor.

Es gibt aber auch Fälle, wo trotz der Zustimmung des bisherigen Besitzers eine Einigung nicht vorhanden ist, z. B. wenn der Erwerber geschäftsunfähig ist, dann ist der Zustimmungswille für das Erwerbsgeschäft[10]) belanglos, denn er trifft auf der Gegenseite keinen kongruenten Willen, mit dem er sich zusammenschließen könnte; er fällt gewissermaßen auf einen unfruchtbaren Boden.

Das erscheint mir gerade als der wesentlichste Unterschied des Besitzerwerbes nach Abs. 2 von dem nach Abs. 1, daß wegen der hier erforderlichen Einigung, auf die alle Bestimmungen des allgem. Teils Anwendung finden, ein Besitzerwerb nach Abs. 2 für Geschäftsunfähige ausgeschlossen ist. Freilich darf man dann nicht mit Endemann[11]) auch für den einseitigen Besitzerwerb einen rechtsgeschäftlichen Willen verlangen. Wenn man auch aus dem Schweigen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in betreff des Willensmomentes nicht auf die völlige Entbehrlich-

[10]) Nur für das Erwerbsgeschäft selbst ist dieser Wille belanglos. Er ist für die Art des erworbenen Besitzes von Bedeutung, da dieser bei vorhandener Zustimmung niemals fehlerhaft sein kann.

[11]) Endemann, Lehrb. Bd. 2 S. 181.

keit des Willens beim einseitigen Besitzerwerb zu schließen braucht, wie dies Bekker, Fischer, Eltzbacher und Strohal[12]) tun, so ist doch der nunmehr noch erforderliche Wille kein rechtsgeschäftlicher mehr, sondern nur noch ein solcher, wie er die „Voraussetzung alles Handels“[13]) ist. Demnach ist nunmehr der Besitzerwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt nach § 854 BGB. auch Kindern und Wahnsinnigen möglich. Das wird auch, abgesehen von der obenerwähnten, allein dastehenden Ansicht Endemanns, allgemein von denen zugegeben, die heute noch einen Willen zum Besitzerwerb nach Abs. 1 fordern.[14])

§ 7.

Beschränkung des Besitzerwerbs durch bloße Einigung auf die Fälle, wo der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Wird nun auch im Gegensatz zu Abs. 1, wo Besitz lediglich durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird, im Abs. 2 der Besitz ohne diese auf Grund einer bloßen Einigung erworben, so ist diese Einigung allein doch nicht zur Besitzübertragung ausreichend. Bei Betrachtung der historischen Entwicklung hatten wir gesehen, daß man immer mehr dazu neigte, bei der Tradition von der körperlichen Handlung abzusehen. Aber man gelangte im gemeinen Rechte niemals dazu, einen Besitzerwerb solo animo anzuerkennen. Zwar ist das noch vorhandene Traditionskorpus nur noch ein Scheinkorpus, wie es keineswegs zum originären Erwerb ausreicht. Es war logisch durchaus denkbar, daß man dieses Scheinkorpus völlig aufgab, daß man nicht mehr auf einen Turm zu steigen brauchte, um

[12]) Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, in Jahrb. f. Dogm. Bd. 30 S. 310, 316; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 211; Strohal, Sachbesitz S. 66; Fischer-Henle Anm. 5 zu § 854.

[13]) v. Wendt, Besitz und Besitzwille S. 12.

[14]) Dernburg, Sachenrecht S. 64, 65, läßt die Geschäftsunfähigen nur unvollkommenen Besitz erwerben. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4; Cosack, Lehrb. Bd. 2 S. 69; Jhering, Der Besitzwille S. 24; Frank, Der Besitzwille nach dem BGB. S. 36 ff.

sich über den Besitzübergang zu einigen, daß man dies ebensogut an jedem anderen Orte tun könne. Es war nur noch erforderlich, daß die Rechtsordnung nun auch eine derartige Besitzübertragung anerkannte. Dies ist auch im code civil geschehen (art. 1606),[1]) der von der Savignyschen Lehre noch nicht beeinflußt war. Dem durch sie herbeigeführten Umschwung und der allgemeinen Anerkennung, die diese Lehre fand, ist es wohl zuzuschreiben, daß der 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 803 Abs. 1) auch für die Besitzübertragung in der Regel körperliches Ergreifen, also Übergabe von Hand zu Hand erforderte. Mit Recht bezeichnet Biermann in seiner kurz darauf erschienenen traditio ficta (S. 404/05) diese Bestimmung als einen „Rückschritt". Diese Gleichstellung des einseitigen und zweiseitigen Besitzerwerbes stehe, da für beide tatsächliche Gewalt erforderlich wäre, mit der ganzen bisherigen Entwicklung im Widerspruch. Wenn man mit dieser Kritik sich auch durchaus einverstanden erklären muß, so legt Biermann m. E. doch dem Abs. 2 des § 803 zu wenig Bedeutung bei. Diesem Absatz entspricht der heutige Abs. 2 des § 854. Allerdings ist hier die unrichtige Trennung der Willenserklärung des bisherigen Besitzers und derjenigen des Erwerbers als zweier selbständig nebeneinander stehender Akte aufgegeben und dafür der Ausdruck Einigung gewählt, wodurch, wie wir gesehen haben, ein Vertrag bezeichnet wird. Ferner gewinnt diese Bestimmung durch die Stellung, die sie jetzt im Bürgerlichen Gesetzbuch bekommen hat, eine ganz andere Bedeutung. Im 1. Entwurf bezeichnete sie als Abs. 2 des § 803, der im ganzen nur von der Übertragung handelte, einen besonderen Fall derselben. Heute steht sie als einzige Bestimmung der Besitzübertragung dem Erwerb durch Besitzergreifung nach Abs. 1 gegenüber. Trotzdem regelt diese Bestimmung nicht alle Fälle der Besitzübertragung, sondern nur die, wo der Erwerber bereits in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Welche Bedeutung hat diese Einschränkung und was ergibt sich hieraus für die anderen Fälle der Besitzübertragung?

Auf vollständig unrichtiger Fährte befindet man sich, wenn

[1]) s. Anm. 1a zu § 4.

man in der Bestimmung des Abs. 2 einen der gemeinrechtlichen traditio brevi manu analogen Fall zu erblicken glaubt. Da nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in den meisten Fällen, wo früher nur Detention vorhanden war, Besitz vorliegt, ist das Gebiet dieser Übertragungsart wesentlich eingeschränkt und kommt heute nur noch in Betracht, wenn dem Besitzdiener Besitz übertragen wird. Dieser Fall wird allerdings auch von dem Abs. 2 mitumfaßt. Das Anwendungsgebiet des letzteren ist aber ein viel weiteres.[2])

Im Bann Savignyscher Theorie scheint Planck noch zu stehen, wenn er in der Bestimmung des Abs. 2 nichts weiter sieht als ein Mittel, „einer zu engen Auffassung der tatsächlichen Gewalt in Abs. 1 vorzubeugen". Nach ihm wird durch die Einigung im Abs. 2 die tatsächliche Gewalt erlangt und hierdurch Besitz, während doch das Charakteristische des Abs. 2 gerade darin liegt, daß hier Besitz ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird.[3])

Die häufigste Anwendung wird die Bestimmung des Abs. 2 bei der Übertragung freiliegender Sachen finden, wo gewöhnlich ein jeder in der Lage ist, die Gewalt darüber auszuüben, die longa manu traditio des gemeinen Rechts. Auch wenn die Sache nicht frei, sondern auf einem abgegrenzten, aber dem Erwerber jederzeit zugängigen Lagerplatze liegt, wird man die Möglichkeit einer Gewaltausübung annehmen können, ohne dabei auf den Umstand, daß der Lagerplatz jederzeit zugänglich sei, so großes Gewicht zu legen, wie dies der III. Zivilsenat des OLG. Breslau in der Entscheidung v. 15. 1. 1902 getan hat.[4]) Man wird annehmen können, daß diesem Erfordernis nachgekommen ist, wenn der Lagerplatz in den verkehrsüblichen Zeiten zugänglich ist, und daß, wenn die Einigung stattgefunden hat, der Besitzerwerb nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil während der Nachtstunden der Lagerplatz abgesperrt wurde. Man wird doch auch eine Besitzübertragung an einem Acker gelten lassen, wenn der Er-

---

[2]) vgl. Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes S. 38.
[3]) Planck Anm. 3 zu § 854.
[4]) Entsch. d. OLG. Bd. 5 S. 150.

werber auch für kurze Zeit nicht in der Lage ist, die Gewalt darüber auszuüben, weil die Brücke, die den Zugang dazu vermittelte, durch eine Überschwemmung fortgerissen ist.[5]) Die I. Zivilkammer des LG. Mainz hat in der Entscheidung v. 13. 5. 1901 (Hess. Rechtspr. 2. Jahrg. S. 100) sogar einen Besitzerwerb nach Abs. 2 als vorliegend erachtet, trotzdem die erworbenen Fässer im Keller des Tradenten verblieben.

Da heute in den Fällen, wo im gemeinen Recht Detention angenommen wurde, bereits Besitz vorliegt, ist die Anwendbarkeit der brevi manu traditio und des constitutum possessorium für die Besitzübertragung in den meisten Fällen fortgefallen. Beide haben ihr Hauptanwendungsgebiet bei der Eigentumsübertragung gefunden, wo sie auch ausdrücklich geregelt sind. Für die Besitzübertragung kommen sie heute nur noch bei der der gemeinrechtlichen Detention analogen Besitzdienerschaft in Betracht. Als Fall der Besitzübertragung durch brevi manu traditio hatten wir den bezeichnet, wo der Herr seinem Angestellten eine Sache, die dieser bisher als Besitzdiener hatte, nun zu Eigentum und Besitz überläßt. Die Anwendung des constitutum possessorium ergibt sich im umgekehrten Fall, wo der Angestellte an einer ihm gehörigen Sache dem Herrn das Eigentum und den Besitz überträgt, die Sache aber weiter als Besitzdiener behält. Buhl[6]) nimmt an, daß dieser Besitzübertragungsfall auch heute noch denkbar ist, „es könne doch nicht zum Übergange des Besitzes und zur Übertragung des Eigentums eine Übergabe an den Dienstherrn erforderlich sein, der dann wieder sofort die Aushändigung an den Arbeiter folgen würde“. Er weiß aber nicht, wo er diesen Fall unterbringen soll, denn der Erwerber sei hier nicht in der Lage, nach Maßgabe des § 854 Abs. 2 die Gewalt über die Sache auszuüben. Er faßt dabei, wie dies häufig getan wird, die nach Abs. 2 zum Besitzerwerb nötige Voraussetzung zu eng. Der Herr ist in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, solange der Besitzdiener bereit ist, auf jeden Wink des Herrn die Sache

---

[5]) vgl. Strohal, Sachbesitz S. 97 § 7 a. E.

[6]) Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen S. 27/28.

herauszugeben und den Befehlen des Herrn in bezug auf die Sache Folge zu leisten. Entschließt er sich, nicht mehr dazu bereit zu sein, so entzieht er dem Herrn eben eigenmächtig den Besitz. Auch das Reichsgericht faßt die zur Besitzübertragung nötige Voraussetzung nicht so eng; in der Entscheidung v. 1. 11. 1905 heißt es: „Es genügt, um die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 BGB. als vorliegend zu erachten, daß die Gewalt des bisherigen Besitzers sich nicht in einer Weise betätigt, welche für den Erwerber die Möglichkeit der Gewaltausübung ausschließt".[7])

Noch erweitern will Kohler[8]) das Anwendungsgebiet der brevi manu traditio für den Besitzerwerb nach heutigem Recht, indem er hierfür folgendes Beispiel bringt. Der Gast, der im Café die Zeitung liest, sei weder Besitzer derselben noch Besitzgehilfe (so will Kohler den Besitzdiener genannt wissen). Der Hotelier könne nun dem Gast durch Einigung, also durch bloßen Vertrag, den Besitz an der Zeitung übertragen. Dies scheint deswegen nicht richtig zu sein, weil m. E. der Gast auf Grund eines vorangegangenen, durch das Auslegen von seiten des Hoteliers und durch das Ansichnehmen von seiten des Gastes geschlossenen Leihvertrags nach § 868 BGB. bereits vorher Besitz hatte.

Verschiedene Fälle der gemeinrechtlichen traditio ficta fallen derart unter die Bestimmung des Abs. 2, daß durch ein und dieselbe Handlung die zum Besitzerwerb nach Abs. 2 nötige Voraussetzung geschaffen und auch die Einigung vollzogen wird. In der Schlüsselübergabe liegt sowohl die Einigung über den Besitzübergang der verschlossenen Sachen als auch wird gleichzeitig durch dieselben der Erwerber in die Lage versetzt, die Gewalt über die Sache auszuüben. Ähnlich verhält es sich mit dem Aufstellen einer Wache und mit dem Signieren. Erst nachdem durch ein Zeichen kenntlich gemacht ist, um welche Stücke aus dem ganzen Lager es sich handelt, ist der Erwerber in der Lage, die Gewalt darüber auszuüben. Auch durch Einwerfen

[7]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 167 Anm. 1.

[8]) Kohler, Vertrag und Übergabe, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 82.

der Briefe in den an der Tür aufgehängten Briefkasten, durch das Abgeben der Sachen in der Wohnung während seiner Abwesenheit wird der Empfänger in die Lage versetzt, die Gewalt darüber auszuüben; zugleich aber liegt in dem Hineinwerfen ein Zusammentreffen des dadurch ausgedrückten Übertragungswillens mit dem durch das Aufhängen des Kastens vorher generell erklärten Empfangswillen, also eine Einigung. Diese Fälle werden demnach alle von der Bestimmung des Abs. 2 umfaßt.[9])

Die hier geregelte Übertragung wird nun allgemein **konsensual** genannt und als solche der **körperlichen** gegenübergestellt. Wie nun vollzieht sich die letztere und welche Schlüsse kann man hierfür aus dem Wortlaut und der Stellung des Abs. 2 ziehen?

Der 1. Entwurf (§ 803 Abs. 1) hatte sie ähnlich wie das allgem. Landrecht (I, 7 § 58) dadurch gekennzeichnet, daß der Tradent die Sache übergibt und der Empfänger sie ergreift. Später wurde dieser Abs. 1 des § 803 als selbstverständlich fortgelassen, und der jetzige Abs. 2 des § 854 BGB. blieb als einzige Bestimmung für die Übertragung des unmittelbaren Besitzes übrig. An diesen fortgelassenen Abs. 1 des § 803 hält man sich nun, wenn man behauptet, daß es hierbei nur auf das körperliche Übergeben und das Ergreifen ankomme.[10]) Eine Einigung sei hierbei nicht mehr nötig. Meistenteils wird ja nun in dem Übergeben und dem Ergreifen eine stillschweigende Einigung enthalten sein.[11]) Liegt eine solche aber nicht vor, dann kann man auch nicht von einer Übertragung des Besitzes reden, dann hat die Übertragungshandlung des bisherigen Besitzers nur den Charakter einer Hilfeleistung, damit der Erwerber leichter die tatsächliche Gewalt ergreifen kann. Dann sind nur die Erfordernisse des Abs. 1 erfüllt und demgemäß nur originärer Besitz erworben. Diese Annahme rechtfertigt sich auch aus dem

[9]) In der Übergabe der Traditionspapiere wird man dagegen eine Übertragung des mittelbaren Besitzes zu erblicken haben.

[10]) Manigk, Anwendungsgebiet S. 200—206; Wittenberger, Schutz des Kindes S. 100.

[11]) Das übersieht Nord (Die rechtliche Natur der Besitzübertragung S. 18), wenn er die körperliche Übergabe niemals als richtige Tradition gelten lassen will.

Wortlaut des Abs. 2. Dieser sagt: Für den Ausnahmefall, daß der Erwerber bereits in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, „genügt" die Einigung; liegt diese Besonderheit nicht vor, so „genügt" diese Einigung nicht, sondern es muß noch etwas hinzukommen, und zwar daß spätestens zugleich mit der Einigung der Erwerber in die Lage versetzt wird, die Gewalt über die Sache auszuüben, oder daß ihm die Sache körperlich übergeben wird. Durch das Hinzutreten der körperlichen Übertragung erübrigt sich aber die Einigung nicht.[12]) Diese Annahme wird auch durch die praktischen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, gerechtfertigt. Ein Vater z. B. gibt seinem noch nicht 7jährigen Kinde seine Uhr zum Spielen. Dieses, nach kurzer Zeit derselben überdrüssig, gibt sie einem zufällig anwesenden fremden Kinde. Als nun der Vater kommt, um sich seine Uhr zu holen, und sie bei dem fremden Kinde sieht, nimmt er ihm diese ab und steckt sie zu sich. Nimmt man an, daß zur Besitzübertragung körperliches Übergeben genüge, so hätte der Vater an sein Kind gültig Besitz übertragen. Dieses wiederum an das andere Kind, und der Vater beginge nun verbotene Eigenmacht, so daß gegen ihn die Besitzinterdikte gegeben wären, ein unhaltbares Resultat. Nach der zweiten hier vertretenen Ansicht jedoch hat eine Besitzübertragung weder an das eine noch an das andere Kind stattgefunden, da es an einer rechtsgültigen Einigung fehlte. Zwar hat jedes Kind originär nach Abs. 1 den Besitz erwerben können, dies wäre aber ohne den Willen des bisherigen Besitzers geschehen,[13]) und diesem fehlerhaften Besitze gegenüber wäre das Handeln des Vaters nicht mehr verbotene Eigenmacht, sondern durch das Gesetz gegebene Selbsthilfe gewesen.

Wenn also auch der Abs. 2 zunächst nur die Fälle umfaßt, wo der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, so regelt er implicite doch auch diejenige Besitzübertragung, wo eine körperliche Übergabe stattfindet. Aus seinem Wortlaut und seiner Stellung in der Lehre vom Besitz-

[12]) Cosack, Lehrb. Bd. 2 § 187 S. 74; Fischer-Henle Anm. 10 zu § 854; Stoever im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 167.

[13]) In § 858 BGB. kommt nur ein rechtsgeschäftlicher Wille in Betracht.

erwerbe ersehen wir, daß auch zur körperlichen Übertragung eine Einigung erforderlich ist. Unter den Abs. 2 in diesem weiteren Sinne fällt also jede Übertragung des unmittelbaren Besitzes unter Lebenden.

Was folgt daraus? Da von hundert Fällen des Besitzerwerbes neunundneunzig auf Übertragung beruhen, der originäre Besitzerwerb also die Ausnahme ist, so ist für die Regel beim Besitzerwerb eine Einigung erforderlich. Und von den Fällen der Besitzübertragung wiederum gehen die meisten so vor sich, daß der Erwerber nur in die Lage versetzt wird, die Gewalt über die Sache auszuüben, in welchem Falle dann die Einigung zum Besitzerwerbe genügt.

Da nun dieses in die Lage versetzen, die Gewalt über die Sache auszuüben, keine äußerlich sichtbare Handlung ist, sondern meistens nur darin besteht, daß der Veräußerer dem Erwerber kundgibt, daß er ihn an der Gewaltausübung, die ihm, dem Veräußerer, bisher zustand, fernerhin nicht hindern wolle, so wird der ganze Vorgang des Besitzerwerbes in der Regel durch die Einigung, einen vollkommen innerlichen Hergang konsumiert.

Ein derartiges Erfordernis war für das alte deutsche Recht begründet, wo sich der Verkehr noch in engen Grenzen bewegte. Heute, wo Rechtsverhältnisse an Sachen, die Hunderte von Meilen entfernt sind, begründet, aufgehoben und geändert werden, ohne daß an den Sachen selbst auch nur die geringste äußere Veränderung vorgenommen wird, kann das Recht nicht die Einhaltung einer bestimmten Form verlangen. Das Recht würde dem Verkehr Erschwerungen in den Weg legen, selbst wenn es nur die Beobachtung von Symbolen, einen typischen Formalismus fordern würde, denn man kann heute z. B. den Parteien auch nicht mehr zumuten, daß sie auf einen Turm steigen sollen, von dem aus sie die Sache, an der Besitz übertragen werden soll, sehen können.

Die Besitzübertragung von einem derartigen Formalismus zu befreien, war nicht so sehr um ihrer selbst willen erforderlich, denn sie ist im Leben niemals Endzweck. Für die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden Rechtsgeschäfte aber, bei denen die Besitzübertragung Mittel zum Zweck ist, nämlich dem Eigen-

tums- und Pfandrechtserwerb, ist eine Erleichterung des Besitzerwerbes von der allergrößten Bedeutung.

Wenn also § 854 Abs. 2 auch an sich nur von Besitzerwerb handelt, so ist doch seine praktische Anwendung beim Eigentums- und Pfandrechtserwerb viel wichtiger, denn im Leben spielt die Frage, ob Eigentum, ob Pfandrecht erworben sei, eine viel größere Rolle als die Frage, ob lediglich Besitz erworben sei.

Zweiter Teil.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 BGB. für den (durch Besitzerwerb vermittelten) Eigentums- und Pfandrechtserwerb.

§ 8.

Für den Eigentumserwerb.

Beim Besitz hatte das Gesetz alle Sachen der gleichen Regelung unterworfen. Ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ergab sich hier nur dadurch, daß die tatsächliche Gewalt und Lage, solche auszuüben, nach der Natur der Sache bei Grundstücken sich anders gestaltete als bei Mobilien.

Beim Erwerb von Eigentum und Pfandrecht dagegen hat das Bürgerliche Gesetzbuch dem deutschen Rechte folgend für die beweglichen Sachen Bestimmungen aufgestellt, die von den für Grundstücke gegebenen völlig verschieden sind.

Von den mannigfachen Arten des Eigentumserwerbes, deren Zahl durch die in dem betreffenden Titel des Sachenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuche aufgeführten sieben Fälle keineswegs erschöpft wird, gibt es allerdings zahlreiche Fälle, in denen Eigentum ohne Besitzerwerb erlangt wird.

So in allen Fällen des Eigentumserwerbes kraft Gesetzes, z. B. nach § 588 Abs. 2 BGB. der Eigentumserwerb des Verpächters durch Einverleibung der nachgeschafften Inventarstücke seitens des Pächters, im ehelichen Güterrechte nach §§ 1438 Abs. 2 u. 1519 Abs. 2; auch bei der Erbfolge ist der Besitzerwerb kein Erfordernis, von dem der Eigentumserwerb etwa abhängig wäre, hier ist der Besitzerwerb vielmehr nur eine kraft Gesetzes eintretende Nebenwirkung.

Beim Eigentumserwerb durch Richterspruch, der Einziehung durch strafrichterliches Urteil gemäß den §§ 40 u. 295 RStGB. bedarf es nach der herrschenden Ansicht[1]) der Besitzergreifung durch den Fiskus. Für diesen Besitzerwerb ist nicht erforderlich, daß der Vertreter des Fiskus die tatsächliche Gewalt an dem Mordinstrument oder der Höllenmaschine erlangt, auch hier wird, weil der Vertreter des Fiskus regelmäßig in der Lage sein wird, die Gewalt über die Sache auszuüben, die Einigung des Angeklagten und des Vertreters des Fiskus zum Besitzerwerb und demnach auch zum Eigentumserwerb genügen.

Doch eine vielumfassendere Bedeutung als bei diesen Einzelfällen hat der § 854 Abs. 2 bei dem Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft, und zwar die größte Bedeutung dann, wenn dieser rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb ein derivativer ist.

Der originäre rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb vollzieht sich teilweise wie bei der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung und bei dem Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache unabhängig von einem vorangegangenen Besitzerwerb. In andern Fällen wieder, wie bei der Aneignung, dem Fund und der Entdeckung eines Schatzes, ist auch der dazu erforderliche Besitzerwerb notwendigerweise ein originärer, also ein solcher, der sich nur nach § 854 Abs. 1 vollzieht.

Im übrigen aber, wie bei der Ersitzung, wo es gleichgültig ist, wie der hierzu erforderliche Besitz erlangt wird, findet auch der erleichterte Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 Anwendung.

Beim originären Eigentumserwerb tritt also der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 nur gleichbedeutend neben den Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1, so daß hier der Besitz sowohl durch Erlangung der körperlichen Gewalt als auch durch Einigung und die bloße Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, erworben werden kann.

Von der allergrößten Bedeutung aber ist der § 854 Abs. 2 bei dem am häufigsten vorkommenden Fall des derivativen rechts-

[1]) RG. in Strafs. Bd. 21 S. 5.

geschäftlichen Eigentumserwerbes, bei der Eigentumsübertragung.

Sowohl im römischen[2]) wie im deutschen[3]) Recht war die Eigentumsübertragung an einen körperlichen, äußerlich sichtbaren Akt gebunden. Aber im römischen Recht trat an die Stelle der feierlichen mancipatio mit all ihren Erfordernissen die einfachere traditio, und wir hatten dann weiter gesehen, wie im späteren römischen Recht und im gemeinen Recht durch Zulassung der traditio ficta dieser Übertragung allmählich alles Körperliche genommen war. Den Abschluß dieser Entwicklung hatte der code civil gebildet. Es ist nur eine notwendige Konsequenz daraus, daß der code civil die Übergabe, nachdem sie bei ihm „zur bloßen Form“[4]) geworden war, überhaupt fallen gelassen und auch, um nicht zwei auf das gleiche Ziel gebende Verträge nebeneinander zu fordern,[5]) von der dinglichen Einigung Abstand genommen hat, so daß nach ihm Eigentum auf Grund des bloßen obligatorischen Vertrages übergeht.[6])

Daß das alte Handelsgesetzbuch dagegen im Art. 306 unter Übergabe nur körperliche Übergabe verstanden wissen wollte, stimmt mit der dargestellten Entwicklung vollkommen überein. Hier war Savignys allgemein verbreitete Ansicht bestimmend gewesen. Er hatte die Lehre von der traditio ficta verworfen. Für ihn gab es keinen Unterschied zwischen originärem und

[2]) l. 20 C. de pact. 32, 3.

[3]) Gierke a. a. O. S. 545.

[4]) v. Tuhr in der Zeitschr. f. franz. Zivilrecht Bd. 30 Heft 3 S. 528.

[5]) Ein Fall, wo diese verschiedenen Verträge noch nebeneinander stehen gelassen sind, haben wir im neuen HGB. (§ 474). Hier ist nur gesagt, daß die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderliche Übergabe durch eine zwischen dem Veräußerer und Erwerber getroffene Vereinbarung ersetzt werden kann. In der Praxis werden nun die beiden sich für das dingliche Veräußerungsgeschäft ergebenden Einigungen nicht gesondert voneinander und nicht gesondert vom obligatorischen Vertrage vorgenommen werden, sondern meistens mit diesem zusammenfallen, so daß sich materiell dieselbe Regelung wie im code civil ergibt.

[6]) vgl. Art. 711 code civil: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations; vgl. auch code civil art. 938, 1138, 1583, 1703.

derivativem Besitzerwerb, mithin auch keinen Unterschied zwischen Besitzübertragung und Besitzergreifung. Mit bloßer Erlangung des Besitzes konnte man die Übergabe unmöglich identifizieren; es blieb nichts übrig, als Übergabe mit körperlichem Übergeben gleichzustellen. So sagt auch Staub[7]) in der Anmerkung zu diesem Artikel: „die Übergabe muß eine körperliche sein" und bezeichnet diese Ansicht als die herrschende. Auch vom Reichsgericht wurde die Übergabe so ausgelegt (RG. Bd. 33 S. 27 ff., Bd. 19 S. 239, Bd. 27 S. 26, Bd. 28 S. 39).

In einem besonderen Falle dagegen war auch das deutsche Recht genötigt, einen Eigentumsübergang auf Grund eines bloßen Vertrages anzuerkennen. — Eine Übergabe wie bei anderen beweglichen Sachen war an Schiffen, die sich auf offener See befanden, nicht möglich. Daher haben schon das allgem. Landrecht[8]) und das alte Handelsgesetzbuch[9]) bei der Veräußerung von Seeschiffen und ideellen Teilen von solchen allgemein zugelassen, daß die Übergabe durch die Vereinbarung sofortigen Eigentumsüberganges ersetzt werde.

Die Regelung hat das neue Handelsgesetzbuch[10]) beibehalten, und sie ist daher geltendes Recht.

Wenn nun das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz hierzu für die Regel am Traditionssystem festhält, so ist dadurch doch nicht „die im älteren gemeinen Recht zugelassene erleichterte Tradition durch Wort oder Symbol, die seit dem Auftreten von Savigny aus der Theorie und Praxis verdrängt war, vom Bürgerlichen Gesetzbuch mit Bewußtsein abgelehnt", wie v. Tuhr annimmt (a. a. O. S. 529), sondern diese ist durch § 854 Abs. 2 nicht nur ersetzt, sondern noch bei weitem erleichtert.[11])

Nach geltendem Recht ist gemäß § 929 Satz 1 BGB.[12]) zur

---

[7]) Staub, Komm. z. allgem. deutschen HGB. 5. Aufl.

[8]) ALR. II, 8 § 1396.

[9]) A. HGB. Art. 439.

[10]) N. HGB. § 474.

[11]) vgl. v. Schey, Allgem. Österr. Gerichtszeitung 53. Jahrg. Nr. 12 S. 96.

[12]) Nur die ordentliche Übertragung des § 929 Satz 1 kommt hier in Betracht, denn bei den Surrogaten derselben kann § 854 Abs. 2 keine Anwendung finden. Bei der brevi manu traditio des § 929 Satz 2 ist Besitz

Eigentumsübertragung Einigung und die Übergabe der Sache erforderlich. Diese Übergabe bedeutet Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Wie geht diese Übertragung vor sich? Entweder indem der Veräußerer die Sache dem Erwerber übergibt, oder indem der Erwerber, der in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, sich mit dem Veräußerer über den Besitzübergang einigt. Beide Arten dieser Besitzübertragung fallen unter § 854 Abs. 2, der zweite Fall unmittelbar, der erste unter Abs. 2 in weiterem Sinne, so wie wir ihn oben ausgelegt haben.

Daß die Übergabe des § 929 Satz 1 nach § 854 Abs. 2 durch Einigung und die Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, erfolgen kann, ist auch in der Praxis vielfach anerkannt worden. So Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 42, Bd. 12 S. 279, Bd. 13 S. 167; Seufferts Arch. Bd. 57 S. 413 Nr. 220; Bayr. ObLG. im Recht 1906 S. 51; s. ferner Recht 1908 Nr. 3027 u. 3268; OLG. Hamm im Recht 1908 Nr. 3419.

Da also § 854 Abs. 2 die beiden Möglichkeiten, wie die Übergabe erfolgen kann, umfaßt, so ist auch in beiden Fällen die Einigung über den Besitzübergang erforderlich, und diese erübrigt sich eben auch dann nicht, wenn die Sache corpore übergeben wird.

Nach der vom Reichsgericht in Bd. 53 S. 222 ausgesprochenen Ansicht[13]) soll diese Übergabe auch ohne Einigung erfolgen können; Übergabe sei der auf Grund der Zustimmung des Eigentümers sich vollziehende Erwerb des Besitzes.

M. E. liegt in dem Falle, in dem der Eigentümer zustimmt, regelmäßig auch eine Einigung über den Besitzübergang vor. Wegen der bei der Eigentumsübertragung (auch bei der Pfandrechtsbestellung) außer der Besitzübergabe schon erforderlichen Einigung müssen alle Voraussetzungen für eine solche von vornherein vorhanden sein. Steht aber ein Hindernis nicht im Wege,

---

schon vorhanden, beim const. poss. des § 930 und bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 wird nur unmittelbarer Besitz übertragen. Hier tritt also § 870 in Anwendung.

[13]) Ebenso JurW. 1904 S. 114 und 1905 S. 290. Ders. A. auch Staudinger, Komm. z. BGB. 5./6. Aufl. (im Erscheinen) Anm. III, 1a zu § 929.

so schließt sich der Zustimmungswille des Eigentümers mit dem Erwerbswillen des Erwerbers unfehlbar zusammen, und dann liegt eine Einigung vor.

Ich will jedoch nicht bestreiten, daß Ausnahmefälle denkbar sind, z. B. wenn Einigung und Übergabe des § 929 Satz 1 zeitlich auseinanderfallen und die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse, die zur Zeit der Einigung über den Eigentumserwerb vorhanden waren, bei der Übergabe nicht mehr da sind, so daß also bei der Übergabe trotz vorhandenem Zustimmungs- und Erwerbswillen eine Einigung nicht zustande kommt. In diesen Fällen möchte ich aber auch nicht eine Besitzübergabe und demnach auch nicht eine Eigentumsübertragung als vorliegend ansehen. Denn nach dem Gesetz soll der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergeben. Diese Übergabe kann doch nur entweder eine körperliche oder eine konsensuale sein. Oder sollte es noch eine dritte Möglichkeit geben?

Bei der körperlichen Übergabe ist, wie wir aus dem Wortlaut des § 854 Abs. 2 und seiner Stellung in der Lehre vom Besitzerwerb geschlossen haben, eine Einigung erforderlich.

Diese körperliche Übergabe ist auch in der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts nicht gemeint, denn es soll ja Besitz**ergreifung** mit Zustimmung des Erwerbers genügen.

Eine konsensuale Übertragung kann diese Besitzergreifung mit Zustimmung des Erwerbers auch nicht sein, denn hier setzt schon das Wort „konsensual" das Zusammentreffen zweier Willensäußerungen voraus.

Demnach besteht die Übergabe immer in der Einigung und dem körperlichen Übergeben oder in der bloßen Einigung ohne körperliches Übergeben, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Tritt hierzu noch die Einigung über den Eigentumsübergang, so ist die Eigentumsübertragung vollendet.

Diese besteht also aus zwei Einigungen und dem körperlichen Übergeben oder aus zwei Einigungen allein, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Das Resultat, das sich hieraus für den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt, ist, daß in dem Falle, wo der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, der Erwerb sich auf Grund zweier Einigungen vollzieht. Und da diese beiden Einigungen Verträge sind, und da sie in einem Akte, ja wenn die Voraussetzung des § 854 Abs. 2 schon zur Zeit des obligatorischen Vertrages vorhanden ist, in diesem enthalten sein können, haben wir praktisch für diesen Ausnahmefall dieselbe Regelung, wie sie der code civil allgemein aufstellt. Da nun dieser Ausnahmefall, wie wir beim Besitzerwerb gesehen haben, sehr häufig ist, da man bei jeder Sache größeren Umfanges von einem körperlichen Übergeben absehen und sich mit dem in der Lage sein des Erwerbers, die Gewalt über die Sache auszuüben, und der Einigung begnügen wird, so haben wir für alle diese Fälle materiell das Vertragssystem, während das Bürgerliche Gesetzbuch formell als Regel das Traditionssystem festhält. Zu demselben Resultat kommt Kohler in seinem Aufsatz „Vertrag und Übergabe“ (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 1 ff.); bei ihm ist aber das Mittel, wodurch das Traditionssystem im Bürgerlichen Gesetzbuch so sehr vergeistigt wird, das constitutum possessorium. M. E. übersieht Kohler hierbei den Unterschied zwischen dem römischen constitutum possessorium und dem des § 930 BGB. Im römischen Recht ist es ein Mittel der Besitzübertragung, wo bei dem Konstituenten nur Detention verblieb. Dieses Besitzkonstitut ist, nachdem der gemeinrechtliche Detentor fortgefallen ist, heute auf den Fall beschränkt, wo jemand Besitz an einer Sache überträgt, die er weiterhin als Besitzdiener des Erwerbers behält. Dieses Konstitut fällt, wie auf S. 21 dieser Arbeit dargestellt, unter § 854 Abs. 2. Das Konstitut des § 930 dagegen stellt Eigentumsübergang dar, und hierbei behält der Konstituent den unmittelbaren Besitz, während der Erwerber nur mittelbaren Besitz erlangt. Es ist ein Ersatz für die Übergabe, diese selbst wird aber dadurch nicht erleichtert.

§ 9.

Für den Pfandrechtserwerb.

Was von der Übergabe an Eigentumserwerb gesagt ist, gilt ebenso für die Übergabe beim Pfandrechtserwerb des § 1205 Abs. 1 Satz 1. Wenn hier wegen der Publizität strengere Erfordernisse aufgestellt sind, so beziehen sich diese doch nur auf die Surrogate der Übergabe (§§ 1205 Abs. 1 Satz 2, 1206). Die Übergabe selbst in diesem Falle anders auszulegen, dafür liegt kein Grund vor. Deshalb erscheint die Behauptung Fischers nicht richtig, daß das Reichsgericht für diese Übergabe in seiner Entscheidung v. 18. 9. 1908[1]) die Anwendbarkeit des § 854 Abs. 2 verneint habe. Der dort behandelte Fall liegt folgendermaßen: Die Einigung zwischen dem Pfandbesteller und dem Pfandgläubiger war vollzogen, und hiernach erst hatte der Pfandgläubiger Besitz erworben, jedoch originär, ohne daß überhaupt eine Zustimmung auf seiten des Verpfänders zur Zeit des Besitzerwerbes vorlag. Gegen diesen Mangel wendet sich die Entscheidung. Um § 854 Abs. 2 anzuwenden, hätte der Pfandgläubiger bereits zur Zeit der Einigung in der Lage sein müssen, die Gewalt über die Sache auszuüben. Daß dies der Fall gewesen sei, verneint eben das Reichsgericht, da es seine Folgerungen ungefähr so zieht: „Nur wenn, was hier nicht zutrifft, zur Zeit der Einigung der Gläubiger schon den Besitz hat, genügt nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 die Einigung (vgl. auch § 854 Abs. 2)". Mit dieser hinzugefügten Klammer sollte m. E. gesagt werden, wenn man nach dieser Bestimmung auch anstatt des Besitzes sich mit der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, begnügen kann, so muß diese Lage doch schon zur Zeit der Einigung vorhanden sein. Nur daß dies der Fall gewesen ist, lehnt das Reichsgericht ab. Daß das Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 854 Abs. 2 nicht ausschließen will, läßt sich auch aus einer anderen Entscheidung ersehen, wo es eine Definition von der zum Pfand-

[1]) JurW. 1908 S. 681: Neumann, Rechtspr. d. RG. Bd. 2 S. 332 Anm. 6.

rechtserwerb nötigen Übergabe gibt[2]): „Übergabe ist der auf Grund der Zustimmung des Eigentümers sich vollziehende Erwerb des Besitzes". Da nach § 854 Abs. 2 Besitz erworben wird und in seiner Einigung außerdem die Zustimmung des Eigentümers vorhanden ist, ergibt sich aus dieser Definition die Anwendbarkeit des § 854 Abs. 2 für die Übergabe auch beim Pfandrechtserwerb.

Das Resultat, zu dem wir hierbei gelangen, ist allerdings von dem, was das Reichsgericht für den Pfandrechtserwerb im allgemeinen verlangt, völlig verschieden. Das Reichsgericht sagt: „Die Entstehung des Pfandrechts müsse an einen äußeren, auch für Dritte erkennbaren Vorgang geknüpft sein".[3])

Wenn nun an einem freilagernden Haufen Holz ein Pfandrecht bestellt werden soll, so wird man, wenn der Pfandgläubiger in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, sich ohne jeden äußeren Vorgang begnügen müssen. Dies ist aber auch nicht von so großer Bedeutung, denn bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen kann man doch nicht erkennen, welche Rechte jemand an einer Sache hat, die sich in seiner Gewalt befindet.[4]) „Sobald es möglich ist, daß jemand in Sammet und Seide einhergeht, ohne etwas davon sein zu nennen, ist eine solche Offensichtlichkeit überhaupt nur Schein." „Will man dies nicht, so muß man unsere ganze heutige Besitzordnung umstoßen."

---

[2]) Entsch. v. 23. 12. 1902, Neumann, Rechtspr. d. RG. Bd. 1 S. 337.
[3]) Entsch. v. 23. 12. 1902, Neumann, Rechtspr. d. RG. Bd. 2 S. 337.
[4]) Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 58.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich bin am 13. Oktober 1886 in Königshütte (OS.) geboren, bin ein Sohn des Kaufmanns Wilhelm Glücksmann und seiner Ehefrau Johanna geb. Boehm, jüdischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Ich kam im Jahre 1896 auf das humanistische Gymnasium in Pleß (OS.), wohin meine Eltern inzwischen verzogen waren. Ein Jahr (Oktober 1898 bis Oktober 1899) war ich auf dem Gymnasium in Lissa in Posen, wo auch meine Eltern dieses eine Jahr wohnten. Ich kam dann mit meinen Eltern nach Pleß (OS.) zurück und bestand daselbst Ostern 1906 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Genf, Berlin, Heidelberg und Breslau.

Am 29. Juli 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Ich bin sodann dem Kgl. Amtsgericht in Groß-Lichterfelde und jetzt dem Kgl. Landgericht II in Berlin zur Ausbildung überwiesen worden.

Berlin, März 1911.

Heinrich Glücksmann.